

- الشروط المتعلقة بالتعبير عن الإرادة:

يشترط في صحة عقد الزواج أن تكون الصيغة مؤبدة غير مؤقتة بمدة، والمؤقتة تكون على وجهين:
اقتران العقد بوقت معين طال أو قصر، كما يمكن أن تكون بلفظ المتعة بأجل محدد، والحقيقة أنه لا فرق بينهما لأن النكاح لأجل هو نكاح متعة.

ولقد اختلف الفقهاء حول هذا النوع من الزواج ولقد استقر موقف المذاهب السنية على أن هذا الزواج باطل سواء دخل بها أو لم يدخل بها بحيث قد نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن نكاح المتعة زمن خيبر وكما يقول صلى الله عليه وسلم: «يا أيها الناس إني كنت أذنت لكم في الاستمتاع بالنساء وأن الله قد حرم ذلك إلى يوم القيامة فمن كان عنده منهم شيء فليخل سبيله ولا تأخذوا مما أتيتموهن شيئا».

بينما يرى الشيعة الجعفرية بصحة مثل هذا الزواج على أساس أن تحريمه قد نطق به عمر رضي الله عنه وليس الرسول صلى الله عليه وسلم، بل أكثر من ذلك فقد استندوا على قوله تعالى: «فما استمتعتم به منهن فأتوهن أجورهن فريضة»، ويستشفون من هذه الآية أن الله تعالى قد استعمل كلمة الاستمتاع أي المتعة ولقد استعمل كذلك الأجر وهو مقابل استمتاع الرجل بالمرأة وأن الرسول صلى الله عليه وسلم قد أباح زواج المتعة في غزوة الفتح ولم يثبت نسخ هذا الحكم، وعلى هذا الأساس فإن شروط وأثار عقد الزواج هي كما يلي: يشترط فيه المهر (الأجر) ولا يشترط فيه حضور الشاهدين، ويشترط تحديد الأجل لكن يمكن تمديده وأن كل الشروط جائزة في مثل هذا الزواج فينتهي بانتهاء المدة المتفق عليها، عدم التوارث بين الزوجين فعدة المرأة بعد حل الزواج حيضين وإذا مات 4 أشهر و 10 أيام والغالب في الأمر هو عدم حصر عدد النساء، ومن حيث النسب يلحق الطفل بأبيه وأمه فإذا أنكره أبوه ينسب لأمه.

ولكن نرى بأن ما ذهب إليه المذاهب السنية هو الأصح ومنه فلا يجوز لا زواج مؤقت ولا زواج المتعة لأنهما قد حرمهما الرسول صلى الله عليه وسلم، بل أن الآية التي استند عليها الشيعة الجعفرية كان تفسيرها خاطئ بحيث أن الاستمتاع المستعمل في الآية لا يقصد به المتعة بل تبيان أحكام الزواج الصحيح الدائم غير المؤقت لأن الله سبحانه وتعالى بعدما عدد في هذه الآية المحرمات من النساء جاء في آخرها وقال: «وأحل لكم ما وراء ذلك».

ولكن بالرغم من ذلك فإن المشرع قد أجاز للطرفين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي رأيتها ضرورية وقد أضاف التعديل لنص م 19 ق.أ. لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون وهذا ما يؤدي بنا إلى القول بأن هذه الشروط المتفق عليها يمكن أن تكون صحيحة كما يمكن أن تكون متنافية مع عقد الزواج ولذلك حتى يتسنى

معرفة الشروط التي يجوز للزوجين الاتفاق عليها هي تلك الشروط التي يقتضيها عقد الزواج أي الشروط التي تتلاءم معه وتؤكد مقتضاه وهي على سبيل المثال:

في نطاق حقوق الزوج على النحو التالي:

- اشتراط الزوج قرار زوجته في بيت الزوجية.
- اشتراط الزوجة السفر إلى بلد أجنبي بمبرر شرعي.
- اشتراط الزوجة على زوجها مواصلة الدراسة شرط صحيح.
- اشتراط الزوجة على زوجها أن يكون لها الحق في تطبيق نفسها.

* الاشتراط في حقوق الزوجة:

- كاشتراطها على حقها في المهر المعجل.
- الاشتراط بالدفع لها التعويض في حالة الطلاق (صحيح).
- اشتراط الزوجة على زوجها ملكيتها لأثاث المنزل حال الطلاق.
- اشتراط الإنفاق عليها وعلى أولادها منه.
- اشتراط مسكن الزوجية المنفرد بعيد عن عائلة الزوج.
- شرط عدم التعدد.

* الشروط التي لا يجوز الاتفاق عليها وتكون مخالفة لأحكام عقد الزواج:

- شرط إتمام عقد الزواج بدون مهر (باطل).
- شرط عدم انتساب الولد لأبيه في حالة الحمل (باطل).
- شرط أن يكون لأبناهما الحق في التوارث بدون التفريق من حيث الجنس (باطل).
- شرط الطاعة للمرأة وليس عليها (باطل).

يتضح إذا أن القيود الواردة على الاشتراط في عقد الزواج والتي تحدثت عنها المادة 19 من قانون الأسرة هي:

أن تكون هذه الشروط أثناء إبرام عقد الزواج أو لاحقة له مادام لم يتم دخول ضرورة توفر الشكلية في الاشتراط .

أن لا تكون هذه الشروط منافية لأحكام قانون الأسرة وأحكام الشريعة الإسلامية.

ان مصير عقد الزواج في حالة اشتماله علي شرط يتنافي ومقتضيات عقد الزواج هو البطلان طبقا للمادة 32 من ق أ ، اما اذا اشتمل العقد علي شرط لايتنافي معه ولكن يخرج عن مقتضياته فان مصير الشرط في هذه الحالة هو البطلان بينما يبقى العقد صحيحا طبقا للمادة 35 من ق أ.

ثالثاً: شروط صحة عقد الزواج.

يقصد اصطلاحاً بشرط الصحة هو ما يلزم من عدمه أي ما يتوقف على توفيره صحة العقد، وأن شروط الصحة كما ذكرتها م 9 مكرر ق.أ هي: الأهلية، الصداق، الولي، الشاهدين، وانعدام الموانع الشرعية للزواج.

أولاً: أهلية الزواج.

1- سن الزواج في الفقه الإسلامي:

حسب القاعدة العامة السائدة في الفقه الإسلامي هو أن أهلية الزواج تحدد على أساس الأمارات الطبيعية للشخص بحيث بوجود واحدة من هذه الأمارات يعتبر الشخص بالغاً ومن ثم يتسنى له الزواج وأن هذه الأمارات اثنتان يشترك فيها كل من الذكر والأنثى وهما: الإنزال و إنبات شعر العانة. وهناك أمارات تنفرد بها الأنثى كالحيض و الحمل... الخ ولكن في حالة ما إذا تأخرت هذه الأمارات فعندئذ حدد الفقه الإسلامي أهلية الزواج بسن معينة بحيث حددها الإمام أبو حنيفة ب: 18 سنة للذكر و 17 سنة للأنثى، بينما حددها الشافعية والحنابلة والأحناف في الرأي المشهور عندهم ب: 15 سنة للذكر والأنثى، وحددها المالكية ب: 18 سنة لكلا الجنسين.

* هل يجوز زواج الصغار غير البالغين في الفقه الإسلامي؟ للإجابة على هذا التساؤل تضاربت آراء الفقه الإسلامي إلى اتجاهين:

- يرى الاتجاه الأول (جمهور الفقهاء): بأن زواج الصغار جائز شرعاً وهم ممن كانوا دون سن البلوغ واستنادهم في ذلك لقوله تعالى: « واللاتي ينسن من المحيض من نسائكم فإن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللاتي لم يحضن».

وبستنتج حسب هذا الرأي من هذه الآية أن العدة لا تكون إلا في الزواج الصحيح بل أن الطلاق الذي تعتبر فيه العدة أثر من أثاره لا يتم إلا إذا كان الزواج صحيحاً وحسب هذه الآية إن الفتاة التي لم تحض

بعد فعدتها 3 أشهر ومن ثم يكون زواجها صحيحا.

- يرى الاتجاه الثاني: أن زواج الصغار باطل بطلانا مطلقا ولا أثر له لأن القرآن الكريم جعل النكاح للبالغين لقوله تعالى: « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم»، طبقا لهذه الآية فالشخص لا يكون بالغا إلا بعد انتهاء الصغر وأن بلوغ سن النكاح هي علامة من علامات انتهاء تلك الفترة.

- فأمام هذين الرأيين المتضاربين نرى بأنه في الوقت المعاصر يستعصى إبرام عقد الزواج بين الشخصين أو أنهما غير بالغين بلوغ الزواج لأن هذا الأخير يحتوي على تكاليف لا نجدها في عقد آخر بل هو عقد من العقود التي تكون فيها ذاتية الشخص محل اعتبار، فهو عقد أساسه تكوين أسرة ورعاية أولاد وأن هذه المسائل تشترط أن يكون الشخص بالغا وقادرا على تحمل تلك التكاليف، بل يكون قادرا على التمييز على ما هو مقبل عليه، وهذا لا يكون إلا إذا كان الشخص بالغا سنا معينا بل حتى البلوغ الطبيعي غير كاف لإدراك ذلك (نؤيد ما ذهب إليه الرأي الثاني وليس ما ذهب إليه الرأي الأول).

2- موقف المشرع الجزائري:

بعد الاستقلال أول ما قام به المشرع الجزائري هو تحديد سن الزواج لا على أساس الأمارات الطبيعية بل على أساس سن معينة يفترض فيها أن المقبل على الزواج يكون بالغا وقادرا على تحمل متاعبه بحيث قد حددها قانون 1963/06/29 ب: 16 سنة للفتاة و18 سنة للفتى، وحين قام المشرع بوضع قانون الأسرة قام برفع سن الزواج بالنسبة للفتاة بـ 18 سنة والفتى بـ 21 سنة، غير أن ما تبناه التعديل الذي تم في 2005/02/27 هو أن حدد سن الزواج بـ 19 سنة لكلا الطرفين ، وأن أهم ما يلاحظ على التشريعات المختلفة هو أن تشريع 1984 قام المشرع بتحديد سن الزواج بسن عالية وذلك راجع لعد أسباب منها خاصة: النمو الديمغرافي وإمكانية الزوجة من إدراك ما هي مقبلة عليه وكذلك تأدية الخدمة الوطنية بالنسبة للذكر.

غير أن المشرع لم يعامل كل الأشخاص بنفس المعاملة بحيث قد أدرج استثناء في م7 قا.أ على هذه القاعدة العامة وسمح بمقتضاه للقاضي أن يمنح الإذن إذا كان المقبل على الزواج ذكرا كان أو أنثى لا تتوافر فيه هذه السن وذلك إذا كانت هناك مصلحة أو ضرورة وينبغي على القاضي أن يتأكد من قدرة الطرفين على الزواج، فالإذن يجب أن يكون سابقا للعقد وأن المشرع قد علق الإذن على شرطين:
-أن تكون هناك مصلحة أو ضرورة.

-أن يتأكد من قدرة الطرفين على تحمل تكاليف الزواج.

هذه المصلحة يمكن أن تظهر مثلا للفتاة اليتيمة فجاء شخص لطلب الزواج وعمرها 18 سنة فالقاضي من المستحسن أن يمنح لها الإذن، كذلك الأمر بالنسبة للفتاة التي إذا لم تتزوج لوقعت في الزنا. بينما هذه المصلحة لا يمكن أن نتصورها كما ذهب القضاء الفرنسي إلى الفتاة الحامل عن طريق العلاقة غير الشرعية، وفي هذه الحالة لنا أن نتساءل عما إذا ينبغي تطبيق م 1/326 ق.ع؟ التي تنص على:" كل من خطف أو أبعده قاصرا لم يكمل 18 سنة وذلك بغير عنف أو تهديد أو تحايل أو شرع في ذلك فيعاقب بالحبس لمدة من 01 إلى 05 سنوات"، وتنص في الفقرة 2 على أنه:" وإذا تزوجت القاصرة المخطوفة أو المبعدة من خاطفها فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضد الأخير إلا بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة في طلب إبطال الزواج ولا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله"، والقاضي عندما يمنح الإذن أول ما يحصل عليه هو الخبرة الطبية لمعرفة ما إذا كانت الفتاة حاملا لكي لا يختلط الحلال بالحرام، والنيابة العامة سلطتها مقيدة برفع الشكوى التي تكون غالبا من الولي. غير أن ما يعاتب عليه المشرع بتتبعه على هذا الإذن هو أنه جعل سلطة القاضي مطلقة وغير مقيدة بسن معينة لا يسمح بانتفائها إبرام العقد ومن ذلك فكان من المستحسن على المشرع أن يحدد هذه السن بـ 17 سنة بالنسبة للفتاة و 18 سنة بالنسبة للفتى، وهذه السن هي التي تسمح للقاضي عما إذا كانت القدرة من عدمها للطرف المعني بالزواج.

*** ما حكم الزواج إذا انتفت فيه أهلية أحد الطرفين أو لكليهما معا؟**

للإجابة على هذا السؤال تضاربت آراء الفقه الجزائري بحيث يرى:

- الرأي الأول: أن المشرع قد جاء في هذه المادة بتحديد سن الزواج ولكن لم يعطي لذلك التحديد القيمة القانونية اللازمة له فهو نهى دون جزاء وخاصة إذا علم الشخص ما تسمح له به م 22 ق.أ والتي تسمح بالزواج العرفي.

- الرأي الثاني: يرى أن المشرع أعطى لذلك التحديد القمة اللازمة له وذلك بواسطة قانون 1963/06/29 إذ أن قانون الأسرة في صياغته الأصلية أو التي طرأت عليها التعديلات قد اكتفى فيه المشرع بتحديد سن الزواج وأن بهذا التحديد يكون المشرع قد ألغى بمقتضاه ما ورد في م 01 ق.أ لسنة 1963، بينما المواد الأخرى في قانون 1963 لا زالت سارية المفعول.

*** ما هو الجزاء الوارد في هذه المواد؟ تنص م 03 ق.أ ل 1963 على منع زواج الصغار أي الزواج**

الذي لم تتوفر في أطرافه السن المحددة قانونا ويترتب عليه البطلان من أصله حتى ولو رضي به الطرفان وحتى لو أذن بها ولي القاصر، ففي هذه الحالة يجوز لكل ذي مصلحة أن يطلب بطلان العقد ومن ثم يجوز للطرفان وللولي والورثة والنيابة العامة والقاضي من تلقاء نفسه، غير أن البطلان المطلق هذا يتحول إلى بطلان نسبي ويجوز للزوجين فقط المطالبة به في حالة ما إذا دخل الزوج بزوجه ولكن يمكن أن يصحح العقد في حالتين: إذا أصبحت المرأة حاملا، وفي حالة زوال السبب الذي أدى إلى طلب البطلان أي في حالة بلوغ القاصرين سن الزواج.

وفي الواقع لا يمكن تأييد لا الرأي الأول ولا الرأي الثاني بحيث أنه لا يمكن أن يأتي المشرع بنص قانوني دون أن يقابله الجزاء إذ أن من خصائص القاعدة القانونية نجد خاصية الإلزام وأن هذه الأخيرة هي مقترنة بالجزاء.

كذلك لا يمكن تأييد ما ذهب إليه الرأي الثاني بحيث قد نص المشرع في م 2/02 من القانون المدني

على أنه:" وقد يكون الإلغاء ضمنيا إذا تضمن القانون الجديد نصا يتعارض مع نص القانون القديم أو نظم من جديد موضوعا سبق أن قرر قواعده ذلك القانون القديم"، ويستنتج من هذا النص أنه في حالة ما إذا قام المشرع بتنظيم من جديد موضوع قد سبق أن نظمه ففي هذه الحالة يكون الإلغاء ضمنيا بالنسبة للقانون القديم ومن ثم يعتبر قانون 1963/06/29 ملغيا بمقتضى هذا النص ولا يمكن الارتكاز على قواعده المنظمة للجزاء المترتب على مخالفة سن الزواج وما يؤكد ذلك هو أن الأساس القانوني الذي اعتمد عليه المشرع عند وضعه لقانون 1963 يختلف عن الأساس القانوني الذي بنيت عليه م 07 ق.أ. وذلك يؤكد كذلك التعديل الذي مس هذه المادة.

* ما حكم زواج من لم يبلغ سن 19 سنة؟

في الواقع فإنه يستنتج من النصوص القانونية وخاصة منها ما جاء في م 04 و 07 و 09 و 33 ق.أ. أن الزواج لا يتم إلا برضا الزوجين وأن هذا الأخير لا يكون صحيحا إلا إذا كان صاحبه مكتمل الأهلية أي له 19 سنة كاملة وإلا كان العقد غير صحيحا، وبما أن عقد الزواج هو من العقود الدائرة بين النفع والضرر فنطبق عليه ما جاء في م 83 ق.أ. ومن ثم إذا كان الشخص بالغا 13 سنة من عمره ولم يبلغ سن الرشد فزواجه من المفروض يعتبر زواجا متوقفا على إرادة الولي وإذا كان الشخص لم يبلغ هذه السن فزواجه باطل بطلانا مطلقا، ولكن أن أهم ما يميز هذا العقد هو أن المشرع قد نص صراحة على أن العقد لا يعد صحيحا في حالة عدم توافر سن الزواج المقررة في م 07 ق.أ. إلا بعد الحصول على إذن قضائي ومن ثم فإن موافقة الولي غير كافية في مثل هذا العقد بل يجب إذن القاضي وإلا كان العقد فاسدا، ويشترط أن يكون هذا الإذن سابقا للعقد، وأمام هذه المشاكل القانونية فإنه من المستحسن على المشرع الجزائري أن يأتي بنصوص صريحة تبين الحكم الواجب تطبيقه في حالة انتفاء السن المقررة في م 07 ق.أ. أ التسليم بتطبيق أحكام قانون 1963.

- عقود الزواج المتوقفة على إذن:

أ. زواج الأجنبي: طبقا للتعليمية رقم 02 الصادرة بتاريخ 11/02/1980 عن وزارة الداخلية والملتضمنة وجوب الحصول على رخصة إدارية لإبرام عقد زواج الأجنبي أمام ضابط الحالة المدنية الجزائري، وأن هذه التعليمية قد أشارت إلى أن الأجنبي لا يمكن له أن يقوم بإبرام عقد الزواج إلا بعد حصوله على رخصة كتابية مسلمة من طرف الوالي ويكون الأمر بشأن ذلك في الحالات التالية:

- حالة زواج أجنبيين حاصلين على بطاقة الإقامة.

- حالة زواج الأجنبي المقيم مع أجنبي غير مقيم.

- حالة زواج جزائري مع أجنبي.

كما أشارت هذه التعليمية على أن زواج المسلمة الجزائرية بغير المسلم غير جائز و ممنوع بتاتا ولا يمكن إعطاء الرخصة في هذا الشأن.

ب. رخصة مصالح الأمن: لقد نص عليها المرسوم رقم 83-81 الصادر في 13/08/1983 حيث تنص

م 23 منه على أنه: "لا يمكن لموظفي الأمن الوطني إبرام عقد زواجهم دون ترخيص بالزواج من الجهة التي لها سلطة التعيين وذلك خلال 03 أشهر قبل الاحتفال بالزواج حتى ولو كان الزوج الآخر جزائريا".

ج. رخصة مصالح الدفاع الوطني: وقد نص على ذلك المنشورين الصادرين عن وزارة العدل، الأول رقم

329 الصادر في 13/06/1967 والثاني رقم 364 الصادر في 25/06/1968، وكذلك النصوص

المتعلقة بالنظام العسكري حيث نصت على أنه: "أي زواج لأي أفراد الجيش الوطني الشعبي لا يمكن

إبرامه إلا بعد تقديم رخصة بذلك ممنوحة من مصالح الدفاع الوطني"، وأن هذه الرخصة تشتمل كذلك إلى

جانب العسكريين رجال الدرك الوطني والمجندين الخاضعين لنظام الخدمة الوطنية.

*** ما حكم الزواج الذي يتم بدون إحدى هذه الرخص؟**

للإجابة على هذا السؤال نرى بأن هذه النصوص القانونية قد أشارت إلى هذه الرخص من أجل إبرام عقد الزواج، غير أن الملفت للانتباه هو أن المشرع الواضع لقانون الأسرة لم يشير إلى تعليق صحة الزواج

على تلك الرخص ومن ثم إعمالا بمبدأ الخاص يقيد العام فالزواج التام بدون رخصة أيا كانت في الحالات السابقة يعد زواجا صحيحا.

- الشهادة الطبية لإبرام عقد الزواج:

لقد نص المشرع في م 07 مكرر/2 ق.أ على أن ملف عقد الزواج ينبغي أن يحتوي على وثيقة الشهادة الطبية وذلك بالالتصيص على أنه: " يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج ويؤثر بذلك في عقد الزواج"، ويستنتج منه ما يلي:

(1)- أن يتأكد الموثق أو ضابط الحالة المدنية قبل إبرام العقد خضوع الطرفين للفحوصات الطبية وأن هذه الأخيرة لا تتعلق كما يضمن البعض بشهادة أن الزوجة بكرًا وإنما تتعلق طبقا للمرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 2006/05/11 والمتعلق بتحديد شروط و كفاءات تطبيق أحكام م 07 مكرر ق.أ بحيث أن هذه الفحوصات يجب أن تتعلق بفحص عيادي شامل وكذلك بتحليل فصيلة الدم (م 03 من المرسوم)، وكذلك يمكن أن ينصب الفحص الطبي على السوابق الوراثية والعائلية قصد الكشف عن بعض العيوب و/أو القابلية للإصابة ببعض الأمراض وإلى جانب ذلك يمكن للطبيب أن يطلب في حالة الضرورة إجراء فحوصات أخرى من أجل الكشف عن بعض الأمراض التي يمكن أن تشكل خطرا للزوج أو الزرية، و ينص المرسوم على أن: " طالبي الزواج ينبغي أن يقدموا هذه الشهادة في مدة لا يزيد تاريخها عن 03 أشهر".

(2)- أن يتأكد الموثق أو ضابط الحالة المدنية بعلم الطرفين بما قد كشفت عنه الفحوصات الطبية من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا متعارضا مع عقد الزواج وهذا ما أكدته م 07 من ذات المرسوم بقولها: " يجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من خلال الاستماع إلى كلا الطرفين في آن واحد من علمهما بنتائج الفحوصات التي خضع لها كل منهما وبالأمراض أو العوامل التي تشكل خطرا متعارضا مع الزواج".

وما ينبغي الإشارة إليه في هذا الصدد هو أنه في 2003/12/14 أصدرت وزارة الشؤون الدينية والأوقاف رخصة بمقتضاها سمحت للأشخاص المصابين بالسيدا الزواج في الجزائر شريطة أن لا تحمل المرأة، أي استعمال موانع الحمل.